

# LA GÉNESIS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: EL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO (CCVD) POR PARTE DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO 2006-2014\*

Carlos Eduardo Castro Buitrago  
Jaime Cubides Cárdenas  
Alfonso Jaime Martínez Lazcano

## Resumen

El presente capítulo desarrolla la doctrina del Control de Convencionalidad (en lo posterior CCV), explicado como el ejercicio de confrontación normativa entre una norma convencional internacional y cualquier norma interna, incluida la Constitución de los Estados que forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH). Para lo anterior, se sigue una metodología correlacional de tipo cualitativo, con un enfoque analítico y crítico,

---

\* Este capítulo del libro contiene resultados del proyecto de investigación: "La convencionalización del derecho: el caso del ordenamiento jurídico colombiano desde la justicia multinivel y el posconflicto", el cual hace parte de la línea de investigación: "Fundamentos e implementación de los Derechos Humanos", del Grupo de Investigación: "Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia", reconocido y categorizado en (B) por Colciencias, registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio jurídicas (Cisjuc) y adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

desarrollada en tres ejes temáticos. El primero, ilustra el origen francés del CCV; el segundo analiza el CCV a partir de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo Corte IDH), sus dos modalidades y alcances; en el tercero, se ocupa sólo de la modalidad difusa que ha venido practicando el Consejo de Estado Colombiano, específicamente la Sección Tercera, dentro de las acciones de reparación directa. Se concluye, a partir de lo anterior, que el CCV tiene su origen en el Consejo de Estado Francés, que su desarrollo ha sido expansivo, consolidándose en cuatro momentos y que dentro de los Estados parte, el juez natural que debe aplicar su modalidad difusa, es el juez contencioso administrativo.

**Palabras clave:** Control de Convencionalidad (CCV), génesis, difuso, jurisprudencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Consejo de Estado y Colombia.

### Abstract

This article develops the theory of conventionality control (CCV), explained as the exercise of regulatory confrontation between an international treaty rule and any internal regulations, including the constitution of States Parties to the Inter-American Human Rights. For this, a correlational qualitative methodology is followed by a critical analytical approach developed in three themes; the first illustrates the French origin of the CCV, the second analyzes the CCV from the judgments of the Court, and their two modalities and scope; for the third, deal only with the diffuse form that has been practiced the Colombian State Council, specifically the Third Section, in direct repair actions. It is concluded from the above that the CCV has its origin in the French Council of State, its development has been expanding consolidated in four stages and in the States Parties, the natural judge must apply its diffuse form, it is the administrative law judge.

**Keywords:** Conventionality Control (CCV), origin, Diffuse, jurisprudence, Inter-American Court of Human Rights (IHR Court), the State Council and Colombia.

## Introducción

El fenómeno de la internacionalización de los Derechos Humanos (Gómez, 2004)<sup>1</sup>, trae consigo, para el continente americano, el establecimiento de una Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) que consagró, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos (Gordillo, 2007), y la de servir como órgano consultivo de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA) en esta materia, según se expresa en la Carta de la OEA, en su Capítulo XV, artículo 106, suscrita en Bogotá el 30 de abril de 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana, cabe señalar que esta ha sido el paso inicial para el desarrollo progresivo del SIDH (Salvioli, 2001, p. 682).

Además, se mencionaba en ese mismo artículo de la Carta de la OEA, que se creará una Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) que determinará la estructura, la competencia y el procedimiento de dicha Comisión, así como la de los otros órganos encargados de esa materia. En razón de lo anterior, nace el Pacto de San José de Costa Rica o CADH<sup>2</sup> de 1969, el cual establece una verdadera carta de derechos para todos los Estados americanos, en la inteligencia de que este tratado es el referente por antonomasia en tanto instrumento interamericano que consagra derechos humanos y sendas garantías judiciales y cuasi judiciales para su promoción, protección y defensa (Fajardo, 2009, p. 79).

Los órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte en la CADH son: a) la CIDH y b) la Corte IDH.

Dentro de sus sentencias, la Corte IDH en su papel de tribunal suprarregional ha desarrollado verdaderas reglas interpretativas sobre la CADH (Nogueira, 2013), convirtiéndola en estándares internacionales mínimos de protección de Derechos Humanos (Galán, 2013). No obstante lo anterior, los Estados parte han presentado dificultades para implementar y ejecutar en totalidad las sentencias transnacionales

.....  
1 Al respecto, este autor señala: "Este proceso de internacionalización no ha sido en absoluto un proceso sencillo sino que ha estado, y sigue estando, plagado de obstáculos y dificultades, lo que hace que el logro de una verdadera cultura universal de los derechos humanos sea todavía más un deseo que una auténtica realidad" (Gómez, 2004, p. 24).

2 Es de mencionar que la CADH: "es el resultado de un camino largo y accidentado pero muy fructífero, en el cual, una aspiración común por parte de la mayoría de las naciones integrantes del Continente, permitió paulatinamente la consumación de un objetivo noble y esperanzador: el fortalecimiento de la defensa de los derechos humanos en el territorio americano" (Ferrer y Pelayo, 2014, p. 31).

(Ayala, 2007)<sup>3</sup>, es por esto que nace un mecanismo para coadyuvar a que los Estados cumplan con sus obligaciones internacionales<sup>4</sup>. Dicha institución se le denominó Control de Convencionalidad (en adelante, CCV).

El CCV es un mecanismo de origen internacional que ha influido desde una dimensión externa supranacional en los ordenamientos jurídicos internos que hacen parte del SIDH, imponiendo nuevas obligaciones a los Estados parte para el cumplimiento efectivo de los derechos de las personas<sup>5</sup>. Este mecanismo de genealogía internacional consiste en la confrontación normativa que se hace de la norma convencional con la norma interna, para establecer si la norma interna es adecuada frente a la norma convencional o si la norma interna cuenta con una mejor garantía que el estándar fijado en la convencional.

La norma convencional está compuesta en primera medida por la CADH, seguida, por los tratados de Derechos Humanos que sean conexos a la CADH<sup>6</sup> y por último, las sentencias de la Corte IDH que constituyen la interpretación auténtica

3 "La ejecución de la sentencia ha sido llamada "la hora de la verdad de la sentencia", para determinar su verdadero valor y efectos. En el ámbito de las altas cortes constitucionales se ha venido despertando un verdadero interés por darle efectividad a la jurisdicción internacional de los derechos humanos. (...) En conclusión, la ejecución de las sentencias emanadas de la Corte Interamericana se fundamenta en el ejercicio de los derechos humanos y en las potestades y competencias propias de dicha jurisdicción, reconocidas por los Estados en la Convención Americana. Su acatamiento por parte de los Estados forma parte de las reglas básicas del derecho internacional en todo Estado de Derecho y son un requisito esencial para la garantía efectiva de la protección de la persona humana" (Ayala, 2007, p. 133).

4 "Sin embargo, en un plano general de discusión, ello no nos impide advertir la conveniencia de que se profundice un diálogo jurisprudencial entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional de los Estados que conforman el sistema interamericano, a los fines de que aquella tenga presente las observaciones o discordancias que estos formulen a los criterios jurisprudenciales trazados por el Tribunal Interamericano para coadyuvar al mejoramiento de su labor jurisdiccional. Naturalmente, todo ello en aras de optimizar el modelo tuitivo de los derechos fundamentales sobre la base de un adecuado funcionamiento de las piezas que lo componen, precisamente para hacer más efectiva y eficiente la protección de aquellos en nuestro espacio regional" (Bazán, 2012, p. 47).

5 "En otro sentido, podemos mencionar en contraposición: dicho lo anterior, resulta importante aclarar desde un inicio que estamos en una figura que la Corte IDH ha tenido que desarrollar no porque esté aportando una nueva obligación a las ya existentes sino que surge del déficit que es posible constatar en los múltiples casos que llegan al sistema de protección de derechos humanos. Esto es especialmente evidente que en los casos que llegan ante la Corte IDH donde el problema se produce porque las autoridades locales, principalmente del poder judicial, no aplican las obligaciones contraídas por el Estado e incorporadas a la legislación nacional. Es decir, estamos ante una figura que viene a clarificar una obligación ya existente y la dota de contenido y especificidad" (Nash, 2013, p. 491).

6 Los tratados son: 1) el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); 2) el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; 3) la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; 4) la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas; 5) la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará); 6) la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; 7) la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; 8) la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, y 9) la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

de la CADH. Desde la construcción doctrinal<sup>7</sup> y jurisprudencial<sup>8</sup> a lo anterior se le ha denominado en un primer momento en los fallos internacionales<sup>9</sup> como *Corpus Iuris* internacional<sup>10</sup>, en las cuales se excluían las propias sentencias. Después se desarrolló el concepto del *Corpus Iuris* Interamericano (CII)<sup>11</sup> aplicable dentro del SIDH. Para la propia Corte IDH sus decisiones expresadas en las sentencias o en las opiniones consultivas pasan a integrar el CII y debe ser aplicada por los órganos de los Estados en toda oportunidad en que se encuentren en riesgo o hayan sido violados los Derechos Humanos (Loianno, 2014, p. 170).

Las normas internas que pueden ser confrontadas con la normatividad convencional comprenden a la normatividad interna, esto es, puede tratarse de cualquier tipo de ley, decreto o acto administrativo expedido por el Estado, incluyendo la Constitución, que sigue siendo una norma interna, así tenga la categoría de norma suprema o *norma normarum*. Según el profesor Rey-Cantor (2008), se trata de un examen de confrontación normativa del derecho interno (“leyes internas”, constituciones, proyectos de reforma constitucional, actos administrativos, etc.) con la CADH, siendo competente la Corte IDH o el juez interno (Rey- Cantor, 2008, p. LII). Anota Ayala, (2013) que el objeto de este control son todos los actos y conductas del Estado, incluidas sus políticas públicas. De allí que todo el ordenamiento

7 Cfr. En otros autores: (Franco, 2015), (Miranda- Bonilla, 2015), (Nogueira-Alcalá, 2015), (Bustillo, 2014), (Burgorgue-Larsen, 2014), (Galdámez, 2014), (Henríquez-Viñas, 2014), (Nogueira-Alcalá, 2013), (Bustamante & Vásquez, 2011), (Ferrer, 2011) y (Fajardo, 2009).

8 Véase las siguientes sentencias: Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay (2006), Corte IDH. Caso Anzualdo Castro vs. Perú (2009), Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil (2010) y Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay (2011).

9 Para ampliar ver: Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú (2004), Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay (2006), Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (1999), Corte IDH. Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (2009), Corte IDH. Caso Forneron e hija vs. Argentina (2012), Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia (2012).

10 “La Corte IDH elaboró el concepto de “Corpus Iuris Internacional” en un primer momento en la Opinión Consultiva-16/99: 115. El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo (Corte IDH, Opinión Consultiva-16, 1999). En esa oportunidad se refirió exclusivamente a los “instrumentos” internacionales (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), pero fue evolucionando más tarde hacia la incorporación de la jurisprudencia que emana de los tribunales internacionales” (Loianno, 2014, p. 179).

11 Se puede consultar otra acepción como la utilizada por Martínez (2014): *Corpus Iuris Latinoamericano*, señalando que es el conjunto de reglas, principios y directrices jurídicas que sustentan el SIDH (Martínez, 2014a, p. 378).

jurídico del Estado, comenzando por la propia Constitución, y siguiendo con las leyes, actos administrativos y demás actos, estén sujetos al examen de compatibilidad con la CADH y demás normas convencionales (Ayala, 2013, p. 158).

El CCV tiene dos modalidades: concentrado y difuso. El primero es ejercido “*prima facie*” por la Corte IDH, por ser el órgano jurisdiccional del SIDH; el que desarrolla la confrontación normativa para establecer si una norma interna es incompatible con la norma convencional y por tal motivo el Estado responde internacionalmente por la violación de Derechos Humanos. Este mecanismo se materializa dentro de una sentencia y en particular, dentro de alguno de sus puntos resolutivos cuando se ordena al Estado incluir, adecuar o derogar alguna norma de su ordenamiento jurídico. Esta modalidad del CCV es de naturaleza reparativa, algunas veces entendida como una garantía de no repetición<sup>12</sup> por los efectos que produce.

En el presente estudio nos enfocaremos en el segundo modo del CCV, es decir, en su tipo difuso. El CCV difuso (CCVD) consiste igualmente en una confrontación normativa, lo que varía es que se realiza a nivel nacional. No obstante, la creación y el desarrollo jurisprudencial que ha tenido el CCVD por parte de la Corte IDH en sus sentencias todavía no es totalmente claro sobre la posición estatal colombiana en relación con las obligaciones, que de este mecanismo se deben articular, implementar e incorporar; sin embargo, cabe precisar que el Consejo de Estado Colombiano, en diferentes ocasiones, ha argumentado sus sentencias con base en este mecanismo, emitiendo pronunciamientos adecuados, fundamentados y argumentados en parámetros convencionales.

### Problema de investigación

En consecuencia de todo lo anterior, se formulan dos interrogantes que se pretenden resolver: (1) ¿Cuál es el origen del CCV y su desarrollo dentro de las sentencias de la Corte IDH? y (2) ¿Cómo ha sido el ejercicio del CCVD por parte del Consejo de Estado Colombiano dentro de su jurisprudencia, específicamente la emitida por su Sección Tercera en la acción de reparación directa en el período comprendido entre los años del 2006 al 2014?

12 Consultar sobre este tema en: Londoño, M. (2015). *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: Derecho Internacional y cambios estructurales del Estado*. México: Editorial Tirant lo Blanch.

## Metodología

La metodología que se desarrollará será un estudio correlacional de tipo cualitativo con un enfoque analítico crítico. Para lo anterior, se divide en fases la investigación con el fin lograr una adecuada sistematicidad de los resultados en relación con los objetivos específicos propuestos. Para el primer objetivo, se realiza desde un enfoque histórico, para encontrar el nacimiento del objeto de estudio, haciendo una revisión bibliográfica que expondrá un marco teórico doctrinal y un estado del arte del CCV. Para el segundo objetivo, se identificarán las sentencias de la Corte IDH que tengan relación con el CCV, tanto como categoría de análisis, como por sus resultados en concreto; a partir de aquellas se buscará encontrar unas reglas para la aplicación dentro del ordenamiento jurídico interno de los Estados parte del SIDH, en particular con su modo difuso. Por último, se construirá mediante un análisis jurisprudencial la explicación del ejercicio de esta figura dentro de las sentencias del Consejo de Estado, particularmente las de la Sección Tercera en el período comprendido entre el año 2006 y el 2014, en las acciones de reparación directa.

## Resultados

### La génesis histórica del Control de Convencionalidad y su relación con el Consejo de Estado Francés

El CCV tiene su origen en el ordenamiento jurídico de Francia, en particular en la posición desarrollada por el Consejo de Estado Francés. Su génesis histórica es por tanto de carácter pretoriano, realizado por el juez administrativo del país galo. En 1989<sup>13</sup>, el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa realiza

13 "De este modo, la sentencia Nicolo del 20 de octubre de 1989 representa un cambio de jurisprudencia por el Consejo de Estado desde la sentencia *Semoules* de 1968. Pero al mismo tiempo, esta decisión marca el punto y final del "aislamiento" del Consejo de Estado, que en 1989 era la única instancia judicial francesa que todavía se negaba sistemáticamente a controlar el Derecho nacional posterior respecto a un Tratado internacional. No obstante, antes del cambio jurisprudencial que supuso Nicolo, el Consejo de Estado ya había comenzado a suavizar los efectos de la teoría de la "*loi écran*" en materia de Derecho Internacional (y más concretamente de Derecho Comunitario). Este cambio se materializó fundamentalmente en las sentencias *Société internationale Sales and import corporation*, de 13 de diciembre de 1985 y *Smanor*, del 19 de noviembre de 1986. Sin duda, el Consejo Constitucional con su decisión *Élection du député de 5ème circonscription du Val d'Oise*, del 25 de octubre de 1988. En este asunto, el Consejo Constitucional se declaró competente, en cuanto juez electoral, para entrar a dirimir si determinadas disposiciones de una ley electoral eran contrarias al CEDH. El Consejo Constitucional afirmó claramente, en esta decisión, que los jueces ordinarios tienen competencia para controlar la conformidad de las leyes anteriores o posteriores con los Tratados internacionales" (Ortiz, 2003, pp. 61-62).

por primera vez el examen de confrontación normativa entre normas de derecho comunitario y de derecho interno<sup>14</sup>, lo que después se denominaría como CCV.

Para explicar el CCV dentro de la jurisprudencia francesa, es necesario explicar las tres posturas sentadas en las sentencias hito de las tres altas cortes del sistema francés<sup>15</sup>. Siguiendo a Pinon (2010) en un *leading case* dictado el 15 de enero de 1975 (IVG)<sup>16</sup>, el Consejo Constitucional se negó a integrar el derecho internacional en el “bloque de constitucionalidad”, considerando que su competencia se limitaba a la estricta confrontación de las leyes con las dis-

14 Cfr. Aguilar, G. (2013). El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado. *Revista Direito GV*, 9 (2), 721-754; Eto, G. (2014). La inconvencionalidad por omisión: una aproximación conceptual. En J. L. Cáceres (Coord.). *Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional* (pp. 129-151). Perú: Adrus D & L Editores; Pinon, S. (2010). El sistema constitucional en Francia. *Revista de derecho constitucional europeo*, (14), 17-74; Díez, L. (2008). Las transformaciones de la Constitución francesa de 1958. *Cuadernos de derecho público*, (34-35), 21-33; Négrier, E. (1990). Le crépuscule d'une théorie jurisprudentielle: l'écran législatif et les droits communautaire et constitutionnel, *Revue Du Droit Public*, 3, 767-799 y Touchard, J. F. (1990). À propos de l'arrêt Nicolo, *Revue Du Droit Public*, 3, 801-811.

15 Al respecto se puede mencionar: “Así, en 1975, el Consejo Constitucional (el equivalente de lo que en español se entiende por tribunal constitucional) declinó efectuar un control de convencionalidad de la ley en el caso de l'Interruption Volontaire de la Grossesse (IVG — 15 de enero de 1975). Posteriormente, la Corte de Casación —la más alta jurisdicción judicial en Francia— el 24 de mayo de 1975, en el caso de la Société des Cafés Jacques Vabre, aceptó efectuar un control de convencionalidad de las normas. Bastantes años después, el Consejo de Estado —la más alta jurisdicción administrativa en Francia— se vio también enfrentado a pronunciarse sobre el control de convencionalidad de las leyes. Esta vez, el Consejo de Estado en el *affaire Nicolo* (1989) aceptó efectuar el mencionado control de convencionalidad de la norma. En efecto, con la lectura de la sentencia Nicolo de 20 de octubre de 1989, el Consejo de Estado afirmó, por primera vez, la superioridad de las convenciones internacionales regularmente incorporadas en el derecho interno sobre todas las leyes posteriores.

16 “Este órgano jurisdiccional, en efecto, el 15 de enero de 1975, expide la Decisión 75-54-DC relativo a una demanda de inconstitucionalidad de una ley que permitía la interrupción voluntaria del embarazo. Este caso aparentemente pasó desapercibido en su momento, dado que los comentarios más fueron en torno a la controversia misma de la Ley que regulaba la interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, dicha decisión marcaba un hito respecto a la interpretación del artículo 55 de la Constitución francesa de 1958, que precisa: “Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”. Esta cláusula —que, dicho sea de paso, se inspiró en la Constitución española artículo 96—, fue objeto de un desarrollo jurisdiccional que, a la postre, terminó por reconocer un control de convencionalidad en términos implícitos. En el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley de interrupción voluntaria del embarazo, se argumentaba contra ella, que era inconstitucional porque contradecía explícitamente el derecho a la vida consagrado en el artículo 2º del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, se concluía que, si una ley era contraria a una norma convencional, ergo, era igualmente inconstitucional. Este planteo fue rechazado por el Consejo Constitucional, que negó que la superioridad de los tratados internacionales sobre las leyes dotase a aquellos de rango constitucional: los tratados internacionales no forman parte del bloque de la constitucionalidad. A ello concluye que “[u]na ley que es incompatible con un tratado no es *ipso facto* inconstitucional” (fundamento 9). No obstante, estos planteos jurisdiccionales, el Consejo Constitucional expresó en el Considerando Siete que “no le corresponde al Consejo Constitucional (...) examinar la compatibilidad de una ley con las disposiciones de un tratado o un acuerdo internacional”. Esto significaba, como también ha anotado Luis María Díez, que “la superioridad de los tratados sobre las leyes podría ser hecho valer por los jueces ordinarios: en caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una norma legal, ésta debe ser inaplicada para asegurar la primacía de aquella” (Eto, 2014, pp. 133-134).



posiciones del texto constitucional. Tratándose del cumplimiento del artículo 55<sup>17</sup> y de la sanción de no conformidad de las leyes a los tratados o acuerdos internacionales, este Consejo indicó que esta tarea correspondía a los órganos jurisdiccionales ordinarios.

La doctrina del Consejo Constitucional Francés fue asimilada rápidamente por el Tribunal de Casación que asumió por su cuenta la distinción entre el control de constitucionalidad (reservado al Consejo Constitucional) y el control de “convencionalidad” (conferido a los órganos jurisdiccionales ordinarios). En la sentencia “Société Jacques Vabre” del 24 de mayo de 1975 sostuvo la prevalencia del Tratado de Roma sobre la ley interna, ya fuera anterior o posterior (Pinon, 2010, p. 49).

En cambio, el juez administrativo<sup>18</sup> se negará aún durante mucho tiempo —en nombre de la teoría de la “ley pantalla”<sup>19</sup>— a garantizar la primacía de un acuerdo internacional sobre las leyes nacionales posteriores. Será necesario esperar casi quince años para que el Consejo de Estado abandone esta posición en la célebre sentencia “Nicolo”, del 20 de octubre de 1989 y se alinee entonces con la jurisprudencia del Tribunal de Casación.

En el caso Nicolo se trató de la demanda de anulación interpuesta por este ciudadano contra las elecciones de los representantes franceses en el Parlamento Europeo. Adujo el demandante que la participación de ciudadanos de los territorios de ultramar como electores y como candidatos constituía un defecto que

17 En la Constitución Francesa de 1958, se dice en el artículo 55. “Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”.

18 Cabe señalar lo que manifiesta Parejo (2005): “Aunque hubiera podido pensarse en principio que, de acuerdo con los sistemas jurídicos internos, la inaplicación de las normas nacionales contrarias al derecho comunitario europeo debería corresponder al Tribunal Constitucional (para las leyes formales) y al juez ordinario, en su caso contencioso administrativo (para las normas reglamentarias), no es esa, sin embargo, la solución que se ha impuesto. Pues el juego del derecho comunitario europeo —de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia— ha inducido un profundo cambio, concretamente el consistente en la ampliación de la competencia de los jueces ordinarios, al afirmarse la facultad y el deber de éstos de inaplicar por sí mismo todas las normas internas, cualquiera que sea su rango, discrepantes del derecho comunitario”.

19 La Ley Pantalla se presenta como una limitación para controlar la conformidad con la Constitución de un acto administrativo —por ejemplo, un decreto del Presidente de la República, del Primer Ministro o de un Ministro— cuando dicho acto se dicta con base en una ley. En tal caso, el juez administrativo o civil controla la conformidad del acto administrativo a la ley, pero no a la norma constitucional. La ley se interpone con una pantalla entre el acto administrativo y la Constitución —de ahí, el nombre de “ley pantalla” o “pantalla legislativa”—, de tal manera que el juez no sanciona dicha inconstitucionalidad que, sin embargo, vicia el acto administrativo que se funda en ella (Cruz, 2011, p. 538).

viciaba el proceso electoral. El Consejo de Estado Francés sostuvo por el contrario que todos los territorios de la República francesa constituyen una circunscripción electoral única a efectos de la elección de los representantes ante el Parlamento Europeo, y que los territorios de ultramar son y hacen parte de la nación francesa. Asimismo, contrastó la ley francesa del 7 de julio de 1977 sobre la elección de los representantes franceses ante la asamblea de la comunidad europea con el artículo 227-1 del Tratado de Roma, según el cual “el presente tratado se aplica (...) a la República francesa”, concluyendo que no existe incompatibilidad alguna entre la ley posterior y el Tratado (Silva, 2006).

En Francia existe una superioridad de los Tratados en relación con el derecho interno, de acuerdo con lo previsto por el artículo 55 de la Constitución de 1958 y confirmado por la sentencia “Nicolo” (Salcedo, 2008, p. 42). El Consejo de Estado se apoyó, como le proponía el Comisario del Gobierno y así lo confirma uno de los considerandos de la sentencia, en el artículo 55 de la Constitución de 1958. Más exactamente, aceptó, lo que antes nunca había hecho, que debía garantizarse al artículo 55 de la Constitución “un efecto útil”, y que el único medio de lograrlo era reconocer que sus disposiciones contienen una habilitación implícita a los jueces para controlar la conformidad de las leyes internas a los tratados internacionales (Galmot, 1990, p. 27)<sup>20</sup>.

Siguiendo a Díez (2008), la sentencia Nicolo del 20 de octubre de 1989, del Consejo de Estado Francés cambia su orientación y acepta plenamente la superioridad de los tratados internacionales sobre las leyes. Es bien conocido que el CCV realizado por los jueces ordinarios ha tenido una gran importancia para hacer efectivo el principio de primacía del derecho comunitario, pero igualmente importante, aunque menos conocido, es que ha dado lugar a una fiscalización de las leyes con respecto a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, incluido muy destacadamente el Convenio Europeo de Derechos Humanos. De aquí ha surgido una especie de control difuso de las leyes que, si bien no es propiamente de constitucionalidad, se aproxima mucho a él en sus efectos prácticos.

---

20 “Esta fórmula ofrece evidentemente varias ventajas. La Constitución es libre de someter al poder legislativo a un control de ese tipo, y el Juez se limita a cumplir la voluntad del constituyente, aun cuando el resultado de esa voluntad sea que los Tratados quedan mejor protegidos que la propia Constitución frente a su vulneración por el poder legislativo (ya que todos los Jueces franceses podrán controlar en todo momento la conformidad de una Ley con el Tratado, mientras que la conformidad de una Ley con la Constitución sólo podrá ser examinada bajo condiciones mucho más restringidas)” (Galmot, 1990, p. 28).

En otras palabras, el CCV ha supuesto que en Francia coexista un control de constitucionalidad preventivo, con su corolario de la ley pantalla, y un control de convencionalidad sucesivo y difuso, lo que da lugar a un sistema bastante completo de fiscalización de las leyes (Díez, 2008, p. 30).

El CCV, ante la Corte de Casación Francesa, se realiza evidentemente no sólo respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos u otros tratados internacionales, sino además respecto a los Tratados de la Unión Europea. Obviamente, en este caso existe el poderoso precedente pretoriano del principio de primacía del derecho de la Unión y del efecto directo. Con todo, desde la perspectiva interna, este sigue siendo un control de convencionalidad (Aguilar, 2013, p. 734)<sup>21</sup>.

De lo anterior, podemos afirmar categóricamente que el CCV nace de las prácticas jurisprudenciales de los tribunales de cierre de Francia. Para entender dicho fenómeno, es necesario mencionar las tres sentencias que en orden de aparición correspondían al Consejo Constitucional de 1975; la proferida por la Corte de Casación del mismo año y la del Consejo de Estado de 1989. Entendemos desde luego, que la providencia más importante es la sentencia en el caso Nicolo del Consejo de Estado, toda vez que esta zanjó la discusión sobre la confrontación normativa de leyes con normas convencionales y facultó a los jueces de inferior jerárquica a realizar CCV, de suerte que pudiesen inaplicar las leyes internas que resultasen incompatibles con una norma convencional.

.....  
21 En este texto se lee: el examen de los casos francés e italiano nos ha interesado por dos razones. Por una parte, porque es en Francia donde se ha desarrollado abundantemente la noción de control de convencionalidad, mucho tiempo antes que este concepto fuera adoptado por la Corte IDH. Por otra parte, como se ha visto, la noción de control de convencionalidad ha surgido y ha evolucionado en Francia y, *mutatis mutandis*, en Italia, a partir de las disposiciones de derecho constitucional nacional que consagran la superioridad jerárquica de los tratados internacionales frente a la ley (Aguilar, 2013, p. 735).

## El Control de Convencionalidad (CCV): fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La figura del CCV es de reciente desarrollo en la dogmática internacional<sup>22</sup>. Su aparición en el escenario jurídico está estrechamente relacionada con las obligaciones que impone la CADH y el desarrollo progresivo de los estándares para la protección de los Derechos Humanos elaborados por la jurisprudencia de Corte IDH (Nash, 2013, p. 490). El CCV, siguiendo a Hernández (2014), consiste en un juicio de comparación entre el SIDH o bloque de convencionalidad y una norma interna (Constitución, ley, acto administrativo, etc.) de los Estados parte, en orden a establecer su compatibilidad, lo cual se traduce en que estas tengan como fin inmediato o mediano la observancia, la garantía, la efectividad de los derechos y la libertades contenidos en ese *CII* que comprende no solamente la CADH y otros tratados internacionales, sino también las sentencias, opiniones consultivas que dan contenido y desarrollo a los primeros. En el evento en que la norma interna sea incompatible, esta debe salir del ordenamiento jurídico en el que opere (Hernández, 2014, p. 45). El CCV, pese a su larga tradición francesa iniciada formalmente en 1989, es una figura que ha adquirido considerable revuelo en el reciente trabajo del juez regional y los doctrinantes latinoamericanos. Su aparición explícita responde al deseo de armonización de los ordenamientos nacionales con los estándares regionales de protección de los Derechos Humanos (Acosta, 2015, p. 70).

22 En sentido lato, entendemos por dogmática internacional o convencional todos los estudios, investigaciones, reflexiones o disertaciones que buscan comprender, explicar o profundizar las implicaciones de los Derechos Humanos que provienen de estándares internacionales, que para el caso americano, residen en el CADH y son desarrollados por el *CII*. Al respecto Avelar y Proner señalan: "Defendemos uma dogmática convencional emancipatória em contraposição à dogmática das razões da soberania do Estado, um Estado que negligencia o espaço societário internacional, que resistência em reconhecer as possibilidades que advém da principiologia e da supranacionalidade em matéria de direitos humanos" (Avelar y Proner, 2011, p. 45). Castillo (2012) entiende: "Los tratados internacionales sobre derechos humanos, al menos los fundacionales como la CADH, o el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH), tienen dos partes claramente diferenciadas. En una primera se recogen las disposiciones convencionales que positivaron los derechos humanos, a esta parte bien se le puede llamar parte dogmática convencional" (Castillo, 2012, p. 240). Y además añade que: "El ámbito dogmático internacional viene conformado por el conjunto de disposiciones internacionales en las que se reconoce los derechos humanos y a la vez se dispone la obligación estatal de respetarlo. Estas disposiciones entran en relación directa con el conjunto de disposiciones constitucionales de un determinado Estado en las que se reconocen los derechos humanos y se dispone su respeto y cumplimiento" (Castillo, 2012, p. 241).

### *Efectos del CCVD en los ordenamientos jurídicos internos, unas nuevas obligaciones*

Los efectos del CCVD en los ordenamientos jurídicos internos han sido de diferente naturaleza de cómo se confronta la norma convencional, la cual entendemos se refiere al *CII*, compuesto, como ya habíamos anotado, por la CADH, los tratados que la desarrollan, amplían o complementan y las sentencias de la Corte IDH frente a las normas internas, incluida la Constitución: ¿Cuáles han sido los efectos de esta confrontación normativa, que llamamos “inconventionalidad” cuando de esa confrontación resulta la incompatibilidad de las normas internas con la normatividad convencional?

La Corte IDH, en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú* (1998) ordenó al Estado de Perú que debía tomar las medidas de derecho interno necesarias para que los Decretos-Leyes 25.475 (Delito de Terrorismo) y 25.569 (Delito de Traición a la patria) se conformasen con la CADH. Esta fue la primera sentencia emitida por el Tribunal Interamericano que podemos considerar como consecuencia directa de la confrontación normativa, obligando, como consecuencia, al Estado peruano a que sus normas internas se adecuasen a la CADH. Después de otros pronunciamientos similares del órgano jurisdiccional suprarregional, la Corte IDH emite una sentencia histórica en el caso de “*La última tentación de Cristo*” vs. Chile (2001), en la cual señaló que el Estado chileno debía modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “*La última tentación de Cristo*”. Esta jurisprudencia cobra relevancia porque se trataba de que en Chile la censura previa era permitida por la Constitución Chilena de 1980, expedida durante la dictadura de Augusto Pinochet (de 1973 a 1990), por tal motivo, lo que en estricto sentido la Corte IDH ordenó fue una modificación o una reforma al texto constitucional<sup>23</sup>. En ese mismo sentido, de enorme trascendencia histórica, la constituyó la sentencia en el caso *Barrios Altos vs. Perú* (2001), en la cual se declaró que las

23 Cfr. Ivanschitz, B (2013). Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile”. *Estudios Constitucionales*, 11 (1), 275-332. “Cabe señalar que la Ley de Reforma Constitucional N° 19742, que eliminó la censura previa, reemplazándola por un sistema de calificación cinematográfica fue aprobada en junio de 2011 y publicada el 25 de agosto de ese año. El 9 de enero del 2003 la película fue recalificada por el nuevo Consejo de Calificación como película para mayores de 18 años, permitiéndose de esta forma su exhibición y dándose, de esta forma, cumplimiento íntegramente a la sentencia de la Corte IDH” (Ivanschitz, 2013, p. 292).

leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 eran incompatibles con la CADH, y en consecuencia, carecían de efectos jurídicos<sup>24</sup>.

En el caso de la Comunidad Mayagna vs. Nicaragua (2001), la Corte IDH decidió que el Estado nicaragüense debía adoptar en su derecho interno todas las medidas que fuesen necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de propiedades de las comunidades indígenas. Debe precisarse que la Corte IDH ha ido evolucionando con respecto a las medidas que deben tomarse por el Estado como consecuencia de la confrontación de sus normas internas con la CADH, como en este caso en el que ordena la creación de un mecanismo nuevo. En ese mismo sentido, la Corte se pronunció en el caso Trujillo Oroza vs. Bolivia (2002), en el que ordenó que el Estado boliviano debía tipificar el delito de desaparición forzada de personas en el ordenamiento jurídico interno.

En el caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago (2002), la Corte IDH le impuso a ese Estado el deber de abstenerse de aplicar la Ley de Delitos contra la persona de 1925. Además de lo anterior, le asignó la necesidad de adecuarla a las normas internacionales de protección de Derechos Humanos. Similar a lo anterior, se encuentra el caso Bulacio vs. Argentina (2003), en el cual

24 Es importante señalar lo que dice Salmon (2006): En este sentido, la amnistía es una receta que tiene que ser aplicada en un determinado contexto y con la presencia de ciertos requisitos, tomando siempre en cuenta que la nueva sociedad tiene exigencias de justicia que deben ser satisfechas. Ciertamente ha de presentarse un elemento de oportunidad —es decir, que las amnistías sean otorgadas en un contexto determinado, ya sea en el marco de una transición después del conflicto armado o como cambio de un régimen dictatorial a uno democrático— y de competencia— la amnistía debe responder a un consenso en su otorgamiento por parte de la sociedad entera, lo cual puede reflejarse a partir del trabajo de una comisión de la verdad o cualquier otro mecanismo transicional. A esto debe agregarse que la promulgación de una ley de amnistía no es en la actualidad una materia de exclusiva de competencia estatal, ya que en su dación deben concurrir además las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos y del propio DIH, es decir, amnistías en las que los Estados cumplan con sus obligaciones con respecto a todos los individuos cuyos derechos han sido injustamente violentados y permitan una reconciliación nacional. La región latinoamericana además ha experimentado claramente este límite a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en el caso Barrios Altos vs. Perú, en que este Estado había emitido leyes de amnistía para involucrados en delitos de lesa humanidad, enfáticamente declaró que (Salmón, 2006, p. 219): 43. “La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana, los Estados parte tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz (...). Es por ello que los Estados parte en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana”. 44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”, lo anterior según la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú). Sentencia de 14 de marzo del 2001.

se obligó al Estado a que no se repitiesen hechos como los que originaron el caso, adoptando medidas legislativas y de cualquier otra índole que resultasen necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de Derechos Humanos y darles plena efectividad. En el caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago* (2005) al Estado se le ordenó el deber de adoptar, dentro de un plazo razonable, las medidas legislativas o de otra índole necesarias para derogar la Ley de Penas Corporales (para delincuentes mayores de 18 años). De otro lado, en el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala* (2005) se ordenó al Estado guatemalteco abstenerse de aplicar la parte del artículo 132 del Código Penal de Guatemala que se refiere a la peligrosidad del agente, y modificar dicha disposición adecuándola a la CADH. La Corte IDH ha operado con criterios muy creativos para determinar los efectos de las normas que se juzguen incompatibles o inconvencionales en virtud del CCV<sup>25</sup>. Al respecto puede decirse que las órdenes dictadas por la Corte IDH dan cuenta de la utilización de las siguientes expresiones: (i) adecuar el ordenamiento jurídico interno, (ii) reformar, (iii) abstenerse de aplicar, (iv) crear un mecanismo, (v) derogar una norma, (vi) modificar, (vii) adoptar medidas legislativas, (viii) establecer, (ix) implementar, (x) completar la adecuación de su derecho interno, (xi) adoptar políticas públicas y (xii) tipificar un delito.

### **Ejercicio del Control de Convencionalidad Difuso en el Consejo de Estado de Colombia, 2006-2014**

El CCVD<sup>26</sup> ha sido aplicado por el Consejo de Estado Colombiano y por el Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Lo anterior se puede constatar con la inclusión dentro de las sentencias del concepto de

25 Es importante traer a colación lo que señala Quinche (2014): "De esta manera, la Corte IDH comenzó a hacer lo que entonces era impensable: -Que los Estados y especialmente los presidentes de los países y los políticos entendieran que la firma y ratificación de los tratados públicos es un asunto serio, que daba lugar al nacimiento de normas y de obligaciones jurídicas plenamente exigibles.-Que los políticos, los jueces y las personas corrientes entendieran también que las normas jurídicas y las obligaciones contenidas en los tratados públicos son derecho pleno, vigente y exigible, como lo es el resto del ordenamiento jurídico. -Que los tratados públicos son normas plenas de derecho internacional, que en el caso específico del derecho internacional de los derechos humanos someten al derecho interno de los distintos Estados parte, en virtud de dos razones: por haberlo aceptado así expresamente los Estados al ratificar las convenciones, y por la materia específica de este derecho, relacionado con normas interpretativas internacionales (Quinche, 2014, p. 94).

26 Al respecto podemos mencionar lo que afirma Martínez (2014): "La idea de control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces de los países que pertenecen al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sin distinción, están constreñidos de oficio en la solución de casos concretos, a jerarquizar los tratados internacionales (convenciones) y la interpretación de la Corte (IDH) ante cualquier acto contrario a éstos, incluyendo el derecho creado en el ámbito interno, es decir, el derecho interamericano es fuente formal directa del derecho nacional" (Martínez, 2014, p. 79).

CCV, dando alcance, realce y aplicación dentro del ordenamiento jurídico colombiano a este ejercicio de confrontación normativa. Al respecto, podemos anotar que no es una simple coincidencia que el Consejo de Estado Francés inicie con la génesis del CCV y el Consejo de Estado Colombiano, y que siendo su homólogo, lo introduzca formalmente en nuestro Estado. Los dos son tribunales de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa y cuentan con funciones de control constitucional y de determinación de responsabilidad estatal. Además de lo anteriormente expuesto, el CCV en la escena interamericana ha sido desarrollado en abundante jurisprudencia por la Corte IDH a lo largo de su evolución funcional, este tribunal convencional se encarga de la responsabilidad internacional al Estado por violación a Derechos Humanos. El Consejo de Estado colombiano en su Sección Tercera, en especial, se encarga de determinar la responsabilidad del Estado cuando este ha ocasionado un daño antijurídico, de tal forma que los tribunales que tengan dentro de sus funciones jurisdiccionales adelantar procesos en los cuales se busque determinar la responsabilidad del Estado, y son los primeros llamados a aplicar el CCVD, por tener dentro de su naturaleza la posibilidad de conjugar los elementos propios del CCVD y hacer ejercicios de confrontación normativa con base en el *CII*, determinando que existen normas internas que pueden ser inconventionales, incluida la Constitución<sup>27</sup>.

27 Es necesario recordar lo manifestado por Martínez y Cubides (2015): "El paradigma constitucional consolidado dentro del derecho procesal constitucional, ejecutado y acrecentado por las constituciones, las acciones o los mecanismos constitucionales y los tribunales constitucionales, debe abrir paso a la inclusión del Derecho Procesal Convencional, para propiciar el cambio hacia un paradigma convencional, por eso, no resulta absurdo decir que pueden existir constituciones inconventionales. La Corte IDH, en este punto nos ha dejado tres ejemplos que la vale la pena conocer, examinar y discutir, por las implicaciones que tuvieron para los Estados de Chile y México" (Martínez, 2015, p. 193). Se refieren los autores a los casos de La Última Tentación de Cristo vs. Chile, Caso Radilla Pacheco vs. México y Caso Cabrera Montiel vs. México.



*Inclusión y desarrollo del concepto del Control de Convencionalidad por parte del Consejo de Estado Colombiano, en las acciones de reparación directa*

El Consejo de Estado Colombiano conoce de la acción de reparación directa<sup>28</sup>, por medio de la cual se desarrolló la inclusión del concepto del CCV dentro de la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo. Al respecto, podemos señalar una investigación reciente, en la cual se señala que:

También se pudo verificar que con jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado en la que aplica estándares interamericanos de reparación, este Tribunal no solo está cumpliendo con el deber constitucional, legal e internacional de asegurar una reparación integral a las víctimas de violaciones de derechos humanos, sino que, además, constituye un ejercicio del control de convencionalidad interno que viene siendo exigido por parte de la Corte IDH a los Estados parte de la CADH. En efecto, en virtud del control de convencionalidad, los Estados deben efectuar un juicio de adecuación entre sus normas nacionales y la CADH, así como la interpretación que la Corte IDH ha hecho de este tratado internacional (Cárdenas y Suárez, 2014, p. 36).

Como es preciso insistir, el Consejo de Estado, dentro de las reparaciones directas, ha incorporado el concepto del CCV. Por ello, se seleccionaron las sentencias donde su descriptor ha denotado la unidad de análisis bajo investigación —CCV—, y específicamente las providencias de la Sección Tercera de esta corporación, por ser esta la única sección que ha asimilado y desarrollado dicho concepto. El Consejo de Estado en la Sentencia 24070 (2012) de la Sección Tercera,

28 No obstante, se señala por Noguera, (2010): "De igual manera, la jurisprudencia del Consejo de Estado debe apropiarse y aplicar con efectos reparadores, las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición, ya que como se dijo anteriormente, la acción de reparación directa no está destinada para juzgar las graves violaciones de los derechos humanos de responsabilidad del Estado a través de sus agentes, por acción u omisión; no es un recurso efectivo o idóneo" (Noguera, 2010, p. 116). Además se pueden leer las conclusiones de Núñez y Zuluaga (2012): "Desde el año 2007, en sus sentencias relacionadas con derechos humanos, el Consejo de Estado ha hecho breves consideraciones sobre los estándares internacionales en materia de derechos humanos que han impartido algunas instancias internacionales y los ha ido aplicando paulatinamente. Los estándares internacionales en materia de reparación integral no se han implementado de manera eficaz en Colombia y el Consejo de Estado aún los aplica con timidez. La jurisdicción de lo contencioso-administrativo debe establecer pautas claras para aplicar totalmente estos criterios, sobre la base de que siempre deben primar los derechos de las víctimas y la protección más amplia de sus derechos" (Núñez y Zuluaga, 2012, p. 228).

subsección C, con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, incluye por primera vez (*prima facie*), la doctrina del CCV<sup>29</sup>, manifestando que:

Además, la Sala de Sub-sección advierte que para casos como el presente donde cabe valorar la ocurrencia de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario por afectación de miembros de la población civil (muertos y lesionados) inmersa en el conflicto armado, del cual se desprende el ataque armado ocurrido el 27 de agosto de 1999, no puede seguir aplicándose lo establecido en el Código de Procedimiento Civil ajeno al respeto de la protección de los derechos humanos, dado que se estaría vulnerando la CADH, debiendo garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como derecho humano reconocido constitucional y supraconstitucionalmente (**para lo que el juez contencioso administrativo puede ejercer el debido control de convencionalidad**), tal como en la sentencia del caso “Manuel Cepeda contra Colombia” se sostiene<sup>30</sup>.

Es de resaltar que en este pronunciamiento el Consejo de Estado habilita al juez contencioso administrativo a realizar de forma facultativa el CCV. En una posterior sentencia del Consejo de Estado, la 24734 (2013), se confirma lo ya expresado, y se asienta una postura similar manifestando:

De manera que la Sala reitera el citado precedente, según el cual el moderno derecho administrativo, y la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado centra la protección en la “víctima” y no en la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos, con fundamento en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, [del] 13 a[l] 29, 90, 93 y 94 de la Carta Política, y **en el ejercicio de un control de convencionalidad de las**

29 Cabe mencionar que existe una sentencia previa donde solo se menciona el término del CCV sin desarrollo alguno; véase: Sentencia del Consejo de Estado, sección tercera, subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón del veintitrés (23) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 54001-23-31-000-1999-00385-01(23027).

30 Cfr. Corte IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia: “140. En lo que concierne al acceso a la justicia, valga destacar que en este caso los tribunales contencioso administrativos no establecieron responsabilidad institucional por acción de funcionarios estatales en la ejecución del Senador Cepeda Vargas, que considerara la transgresión de sus derechos a la vida y la integridad personal, entre otros, a pesar de que al momento de sus decisiones se contaba ya con los resultados parciales del proceso penal e incluso del disciplinario. En este sentido, no contribuyeron de manera sustancial al cumplimiento del deber de investigar y esclarecer los hechos (*supra* párrs. 116 a 122). Llama la atención que en uno de los procesos el Consejo de Estado no valoró los resultados parciales de las investigaciones penales y disciplinarias en las que constaba la responsabilidad de los dos sargentos del Ejército Nacional, por considerar que la documentación fue remitida en copia simple. Si bien no correspondía a esta vía establecer responsabilidades individuales, al determinar la responsabilidad objetiva del Estado las autoridades jurisdiccionales deben tomar en cuenta todas las fuentes de información a su disposición. Por ende, las autoridades encargadas de estos procedimientos estaban llamadas no sólo a verificar las omisiones estatales, sino a determinar los alcances reales de la responsabilidad institucional del Estado”.

**normas, que por virtud del bloque ampliado de constitucionalidad, exige del juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales (Tratados, Convenios, Acuerdos, etc.) de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, bien sea que se encuentren incorporados por ley al ordenamiento jurídico nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de “ius cogens”.**

Si se observa bien, lo que se señala en los precedentes del Consejo de Estado es que es al juez contencioso administrativo a quien se le exige observar y sustentar el juicio de responsabilidad en elementos normativos internacionales que versen sobre derechos humanos o derecho internacional humanitario. Posteriormente, en la Sentencia 45092 (2013), en la cual se declara que la responsabilidad del Estado derivada de delitos de *lesa humanidad*, no se puede aplicar la caducidad que se señalaba el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01, 1984). Se expresa, por tanto, que el juez administrativo debe actuar como un juez convencional. En palabras del máximo tribunal:

Sin perjuicio de lo anterior, la Sub-sección C de la Sección Tercera ha considerado que adicional “a las normas procedimentales que rigen el trámite de los procedimientos contenciosos administrativos, el Despacho precisa que al momento de su interpretación y aplicación el funcionario judicial no sólo debe remitirse a ellas sino que en su razonamiento debe acudir a las normas constitucionales y de orden supraconstitucional, donde se enfatiza en la CADH y la doctrina desarrollada a partir de ella por la Corte IDH. Lo anterior en razón a que ya es un lugar común sostener que el Juez Administrativo no es un mero ejecutor formal de las normas legales sino que en razón al rol funcional que desempeña dentro del Estado Social de Derecho, es su obligación, antes que nada, ser garante de la corrección constitucional en la interpretación y aplicación de las normas legales, al igual que ejercer, ex officio, el control de convencionalidad que se le impone en razón a la fuerza vinculante de los tratados de Derechos Humanos y su doctrina.

Se advierte, por tanto, que en esta sentencia se afirma que el juez administrativo debe aplicar el CCV de oficio, porque no es un ejecutor formal, sino todo lo contrario, tiene un rol activo dentro del Estado Social de Derecho y es este el llamado a cumplir con los estándares convencionales y la doctrina de la Corte IDH; esta posición ha ido afianzándose, como lo dice la Sentencia 45679 (2013), según esta, el control de convencionalidad es obligatorio y oficioso por parte de los

jueces nacionales<sup>31</sup>. Este está llamado a realizar la incorporación de parámetros sentados por la jurisprudencia de la Corte IDH. Lo anterior, insiste en consecuencia de la influencia de las sentencias internacionales en el orden jurídico nacional. En posteriores providencias se siguen aportando precisiones que permiten ir perfilando esta doctrina. Así, por ejemplo, en la Sentencia 29764 (2013) se señala:

Así las cosas, al llevar a cabo un control de convencionalidad sobre la conducta del Estado, reflejada en una omisión a su deber de protección y vigilancia, se concluye por un lado, un quebrantamiento normativo internacional; y por el otro, un desconocimiento a un precedente internacional, amén, de la violación palmaria del orden jurídico interno. Y es que el juez, al juzgar este tipo de conflictos debe, por imperativo internacional, ejercer este control, no solo en virtud del mandato de la Convención Interamericana, sino además, por constituir aquella, fuente de derecho a nivel nacional, en razón del artículo 230 de la Constitución Política, lo que es posible, gracias a la articulación del sistema interamericano al ordenamiento jurídico, a través artículo 93 de la misma Carta, permitiéndose con ello, una declaratoria de la responsabilidad extracontractual por los daños antijurídicos padecidos por los demandantes. En síntesis, el control de convencionalidad es un principio de aplicación imperativa, que aunque aparentemente tiene una dimensión destructiva —dejar de lado el derecho interno— ello se supera al trascender a la dimensión integrativa que permite presentar una normativa que conjuga finalmente, un ordenamiento jurídico, como un todo<sup>32</sup>.

Afirmar que una conducta del Estado que produce un daño antijurídico tiene dos efectos, un quebrantamiento normativo internacional y un desconocimiento del precedente internacional, son manifestaciones que corresponden a una interpretación conforme de la CADH y la puerta de entrada al reconocimiento del CCVD. Nótese

31 Al respecto cabe mencionar: "Sobre la observancia de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de aspectos procedimentales esta Corporación ha señalado: "Adicional a las normas procedimentales que rigen el trámite de los procedimientos contenciosos administrativos, el Despacho precisa que al momento de su interpretación y aplicación el funcionario judicial no sólo debe remitirse a ellas sino que en su razonamiento debe acudir a las normas constitucionales y de orden supraconstitucional, donde se enfatiza en la Convención Americana de Derechos Humanos y la doctrina desarrollada a partir de ella por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior en razón a que ya es un lugar común sostener que el Juez Administrativo no es un mero ejecutor formal de las normas legales sino que en razón al rol funcional que desempeña dentro del Estado Social de Derecho, es su obligación, antes que nada, ser garante de la corrección constitucional en la interpretación y aplicación de las normas legales, al igual que ejercer, ex officio, el control de convencionalidad que se le impone en razón a la fuerza vinculante de los tratados de Derechos Humanos y su doctrina". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 24 de septiembre de 2012. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 50001-23-31-000-2011-00586-01 (44050)).

32 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, 21 de noviembre de dos mil trece (2013), radicación número: 05001-23-31-000-1998-02368-01(29764), referencia: Acción de Reparación Directa.

como en esta sentencia se endilga responsabilidad al Estado ejerciendo el CCVD. Esta puede ser considerada, por tanto, una sentencia hito dentro de este análisis por su connotación jurídica y contribución al objeto de estudio, igualando el CCVD con el Control de Convencionalidad Subjetivo, desarrollado en posterior sentencia:

Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la Sala encuentra que procede ordenar y exhortar a las entidades demandadas al cumplimiento de “medidas de reparación no pecuniarias”, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “*restitutio in integrum*”, que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión<sup>33</sup>.

33 La Sentencia del Consejo de Estado enuncia: 1) la publicación de la presente sentencia por todos los medios de comunicación, medios electrónicos, redes sociales y página web de las entidades demandadas, por un período de seis (6) meses, contados desde la ejecutoria de la presente sentencia; 2) con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación para que revise en la Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario si hay lugar a reabrir y continuar la investigación contra la organización insurgente FARC y aquellos miembros [Israel Ramírez - alias Rogelio Benavides, José Nader Lombana - alias Franklin, Gabriel Restrepo - alias Nelson, alias Dumar, alias Alexis, alias Roberto Suárez, alias Céspedes] que hayan participado en la comisión de presuntas violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario cometidas contra la víctima del presente asunto, y consistentes en: a) violación del derecho a la vida, b) violación del derecho a la integridad personal, c) violaciones de las normas de los Convenios de Ginebra, d) uso de armas no convencionales, etc., y todas aquellas que se desprendan de los hechos ocurridos el 15 de diciembre de 1997 en el municipio de Mesetas [Meta]; 3) se ordenará remitir copia de esta providencia, y de los elementos esenciales del expediente, a la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, para que investigue la comisión del delito de toma de rehenes en contra de la mejor hija de la víctima en los hechos acaecidos el 15 de diciembre de 1997; 4) se solicitará a las entidades demandadas solicitar sea reabierta la investigación penal preliminar con número 4119, que fue suspendida y archivada provisionalmente por la Fiscalía Novena Delegada ante el Juez Penal del Circuito Especializado mediante la Resolución de 10 de octubre de 2000. Así mismo, se compulsarán copias a la Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación para el mismo fin, donde debe dilucidarse, por parte de la jurisdicción penal ordinaria de Colombia la participación como autor intelectual de alias TIMOCHENKO, Y COMO AUTORES DIRECTOS DE LOS ALIAS DUMAR, ALEXIS, ROBERTO SUÁREZ, CÉSPEDES, todos miembros del grupo armado insurgente FARC para la época de los hechos, sustentada dicha medida en el derecho a la verdad, justicia y reparación en la que se inspira el artículo de la Carta Política, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en la eficacia y plenitud de las garantías judiciales que exigen la investigación razonable e integral de los hechos en los que se produzcan violaciones a los derechos humanos, como forma de aplicación a los artículos 29 y 93 de la Carta Política y 1.1, 2 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 5) con el ánimo de cumplir con los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como los mandatos de los artículos 3 y 4.a de la Convención de Belem do Para, se exhorta respetuosamente al Gobierno Nacional para que acuda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, específicamente a la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres para que pronuncie acerca de las sistemáticas violaciones de los derechos humanos que han sido perpetradas por el grupo armado insurgente FARC durante el conflicto armado interno, y específicamente en el caso de Yaneth Pérez García; 6) exhortar al Estado para que dentro del marco de la Ley 1448 de 2011, y de sus decretos reglamentarios, estudie la situación de la familia de Yaneth Pérez García, para establecer si puede recibir los beneficios relativos al restablecimiento de la estructura familiar que resultó vulnerada por hechos acaecidos el 15 de diciembre de 1997 en el municipio de Mesetas [Meta]; 7) se exhorta para que en el término, improrrogable, de treinta (30) días la Defensoría del Pueblo informe de las investigaciones por la violación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos que se hayan adelantado por los hechos, y se ponga disposición por los medios de comunicación y circulación nacional; y, 8) se ordenará que por Secretaría de la Sección se remita la presente sentencia al Centro de Memoria Histórica para que repose dentro de los archivos que dicha entidad tenga respecto al conflicto armado interno. De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al Tribunal de origen y a este despacho informes del cumplimiento dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

En posterior pronunciamiento en Sentencia 40802 (2014); en una acción de reparación directa sobre la falla del servicio por la muerte de una niña en un Hospital, el Consejo de Estado manifestó:

Adicionalmente, teniendo en cuenta que se desconoce a todas luces las razones por las cuales no se remitió a la menor a un centro de IV nivel de complejidad, no solo constituye una deficiente prestación del servicio médico, sino que también atenta y vulnera los derechos del menor, reconocidos constitucionalmente como lo consagra la Carta Política en el artículo 44, al preceptuar que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, imponiendo la necesidad de buscar en todo momento el mayor beneficio para el menor, para que no se vulneren derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, y como lo consagran las leyes y tratados internacionales ratificados por Colombia, tales como, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de las Naciones Unidas, **específicamente frente a los derechos del niño, enmarcándose la presente providencia en el ámbito del control de convencionalidad<sup>34</sup> que le corresponde aplicar a la jurisdicción contencioso administrativa colombiana<sup>35</sup>.**

Esta jurisprudencia nos va señalando el sendero, afirmando que el CCVD debe ser ejercido por la jurisdicción contenciosa administrativa, en especial por el juez de esta especialidad del derecho, y además reiterando que la jurisprudencia de la Corte IDH es obligatoria<sup>36</sup>. Denótese que el Consejo de Estado

34 Cfr. “La cláusula en cuestión (responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política), así vista, afirma de manera indiscutible los presupuestos en los que se sustenta el Estado moderno, donde la primacía no se agota al respeto de los derechos, bienes e intereses consagrados en las cartas constitucionales, sino que se desdobra de tal manera que implica, también, su reconocimiento, medidas y objeto de protección por parte de las normas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, con lo que el ámbito de indagación de la responsabilidad se ha venido ampliando de tal manera, que permite sostener, la existencia dentro del Estado social y democrático de derecho de un verdadero “garantismo constitucional”, de un derecho constitucional de la responsabilidad de los poderes públicos, basado en el respeto pleno del ordenamiento jurídico interno e internacional; sustentado en los lazos articuladores de la comunidad internacional y en la buena fe que materializan las relaciones internacionales. Son los Estados en comunidad, los vigilantes y garantes mutuos, en últimas, de todo este inmenso sistema de protección”. Santofimio, J (2013). Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado” (Brewer, A y Santofimio, J. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá: Universidad Externado de Colombia).

35 Reiteración de sentencia de 26 de septiembre de 2013, expediente: 38928.

36 Es importante señalar lo que manifiesta Hitters (2011): “En lo que hace a la naturaleza de las sentencias de la Corte IDH, digamos que son obligatorias (Art. 68.1 CADH) y que los Estados están compelidos a cumplirlas en todo caso en que sean parte. En la hipótesis de que el fallo disponga una indemnización compensatoria, el mismo puede hacerse efectivo por las vías adjetivas domésticas atinentes a la ejecución de las sentencias contra el Estado (Art. 62.1 y 68.2 CADH). El artículo 65 de la CADH dispone que la Corte IDH debe someter a consideración de la Asamblea General de la OEA asuntos en que los Estados desoigan sus fallos. Pese a ello —como vimos— los países no han acatado a pie juntillas todos los pronunciamientos de ese Tribunal. Empero lo cierto es que progresivamente se ha adelantado mucho en este sentido y los decisorios de ese cuerpo regional cada vez tienen más peso” (Hitters, 2011, p. 41).

sigue desarrollando la posición que debe aplicar el CCV, como se resalta en la Sentencia 28642 (2014):

En el sub bite se hace forzoso e ineludible para la Sala ejercer el control de convencionalidad en los términos en que ha sido precisado por la jurisprudencia interamericana para afianzar la garantía de los derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos —en adelante CADH— (...) insiste la Sala en que, a la luz del derecho constitucional —el vigente en el momento de cometerse las conductas imputadas a los acá demandantes y el que nos rige actualmente— y del derecho convencional, llevar el conocimiento de graves violaciones de derechos humanos a la justicia penal militar trae consigo impunidad y hace nugatorio los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas, lo que rebasa el margen de apreciación que en todo ordenamiento jurídico se le reconoce a las autoridades judiciales al tratarse de actuaciones cuya incompatibilidad con las obligaciones internacionales colma los límites de lo tolerable.

En este pronunciamiento, el Consejo de Estado de forma importante neutraliza lo que se ha llamado Doctrina del Margen de Apreciación Nacional, la cual faculta a los operadores judiciales para dar una interpretación dentro de la órbita nacional a los Derechos Humanos; además, recalca que el CCV afianza la protección de estos derechos y llama la atención acerca de que existen actuaciones del Estado, a través de sus agentes, que resultan incompatibles con sus obligaciones internacionales y que sobrepasan los límites de lo tolerable. Esta posición sigue reiterándose<sup>37</sup>, reafirmando que el CCV es un principio de creación

37 Cfr. Consejo de Estado, Sentencia (2014): “En ese orden, la modalidad de incursión normativa que interesa a este estudio, viene a ser la contenida en el inciso primero del artículo 93, que otorga aplicabilidad directa a las disposiciones que sobre derechos humanos se han firmado y ratificado por Colombia y que, en esa línea, entra a jugar un papel significativo: el Control de Convencionalidad. Principio de creación jurisprudencial Interamericana, que ha permitido verificar el efecto útil de las normas contenidas en las distintas convenciones de derechos humanos, es decir, constituye una forma de indagar si los países miembros del sistema interamericano han violado o no las convenciones pactadas. Por lo tanto, su objeto se consolida como la verificación de la efectividad de los derechos y garantías contenidas en esos instrumentos supranacionales. (...) el principio bajo estudio se originó en pronunciamientos que plantearon un conflicto normativo interno e internacional, con el transcurrir de su uso, fue extendiendo su marco de acción a asuntos que no suponían tal conflicto jurídico, pues también tenía lugar, ante un mero desconocimiento de una norma convencional, a través de prácticas u omisiones estatales. Es decir, este control no solo comprende una inspección objetiva de determinada norma, sino que se extiende a condenar prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la convención o a prácticas que desconozcan derechos reconocidos. (...) La interpretación dada a este principio (...) viene a ser clave de bóveda para el caso *sub examine*, pues esta jurisdicción interna, en virtud del denominado bloque de constitucionalidad, que introduce al ordenamiento constitucional, además de la normativa internacional sobre derechos humanos, la interpretación que de ella se ha hecho por las cortes internacionales competentes, impone la obligación de efectuar un control de convencionalidad a la conducta del Estado. Comoquiera que la jurisdicción interna, en ejercicio de la administración de justicia, está llamada a actuar como juez interamericano a nivel nacional en los casos de graves violaciones a derechos humanos, esta Sala ejercerá un control de convencionalidad a las conductas activas y omisiva del Estado en el presente caso y determinará si éste quebrantó normas internacionales de derechos humanos.



jurisprudencial, del SIDH, que conlleva obligaciones para los jueces nacionales en el sentido de asumir el rol de jueces interamericanos, como también se han llamado jueces convencionales. En agosto del 2014, se emite la sentencia paradigmática 26251 (2014) de unificación jurisprudencial. Se reproduce *in extenso* la cita por su importancia dentro del objeto de estudio:

El control de convencionalidad es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional. Concebido, con mayor precisión, como el “*control difuso de convencionalidad*”, cuyo destinatario es todo juez nacional quien tiene el deber de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”(…) Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado (...) Lo anterior indica, claramente, que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que debe proyectarse sobre este una “interpretación convencional”, de manera tal que pueda constatar si las mismas son o no “compatibles”, o se corresponden con los mínimos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en otros tratados y normas de derecho internacional de los derechos humanos, y de derecho internacional humanitario. En esencia dicho control de convencionalidad, en cabeza de los jueces nacionales (...) conlleva una interacción entre el ordenamiento jurídico interno y el derecho convencional de manera que se cumpla con las cláusulas 26<sup>38</sup> y 27<sup>39</sup> de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Así, la actividad del juez debe verificar el cumplimiento de los más altos compromisos internacionales para la protección de los derechos humanos (...) Así las cosas, la decisión del juez administrativo estará sustentada en la observancia de los instrumentos jurídicos internacionales, bien sea que se encuentren incorporados mediante una ley al ordenamiento nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de *ius cogens*, de manera que se consolide el principio de legalidad ampliado, no un simple principio de legalidad sujeto al bloque de constitucionalidad, sino que se invoca su ampliación con base en el bloque de convencionalidad, a cuyos estándares debe obedecer la actuación u operación administrativa en el Estado Social y Democrático de Derecho, mucho más cuando se trata de sujetos de especial protección como sucede en el caso que en esta oportunidad ocupa a la Sala.

38 Léase: “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

39 Léase: El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.



Es importante señalar, finalmente, que el Consejo de Estado Colombiano ha avanzado en su jurisprudencia, destacando que su labor, a propósito de las acciones de reparación directa de las víctimas de acciones del Estado, es el de lograr que los derechos de estas se vean garantizados plenamente por este tribunal de cierre para que no tengan que acudir a instancias internacionales; la aplicación de la doctrina del CCV tiene, por tanto, una función preventiva y garantista para todas las personas en Colombia<sup>40</sup>; además, el SIDH<sup>41</sup> provoca un cambio de un sistema de protección de normas cerradas y estáticas a uno abierto y dinámico, al nutrirse constantemente con los criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte IDH (Martínez y Cubides, 2015a, p. 121).

40 Cfr. "El Consejo de Estado ha entendido que su función primigenia es la de dar alcance a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que en todo tiempo y lugar prevalecen sobre el ordenamiento interno, como quiera que el concepto tradicional de daño antijurídico hoy se ha ampliado por cuenta de tales normas supranacionales. Así, la obligación del Estado de adoptar medidas del orden interno, a su vez, está en concordancia con la obligación de los jueces de ejercer un control de legalidad y de convencionalidad, para observar no solo el cumplimiento de las leyes internas, sino también para verificar en cada caso el respeto y garantía de los derechos contenidos en la CADH. En consecuencia, los desarrollos en torno a las amplias facultades del Consejo de Estado para ordenar fallos *ultra y extra petita* que otrora eran objeto de debate, actualmente son del todo aceptados por este organismo, tratándose de la vulneración de derechos humanos, máxime cuando las condenas contra el Estado colombiano por parte de la jurisdicción interamericana han generado la necesidad de replantear la manera de reparar a las víctimas, y con ello entrar en un proceso de justicia transicional con alcances amplísimos para la sociedad colombiana. El Consejo de Estado, al dar aplicación en sus sentencias a los estándares de reparación de la Corte IDH está realizando un verdadero control de convencionalidad que contribuye a que disminuyan cuantitativa y cualitativamente las reparaciones que imponga al Estado el Tribunal Interamericano cuando lo encuentre responsable de violaciones a derechos humanos. De tal manera que en atención a la importancia creciente del derecho internacional y del derecho comparado ha comenzado un relevante diálogo jurisprudencial con la Corte IDH que dará excelentes resultados para el Estado, pero, en especial, para las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos" (Cárdenas y Suárez, 2014, p. 45).

41 Al respecto Martínez afirma (2015): "El SIDH no es complementario, es invasivo, terapéutico e integrador; pensar que el *Corpus Iuris Latinoamericano* es un complemento del derecho interno en materia de derechos humanos es contrario a la CADH. El efecto invasivo e integrador lo tenemos en el artículo 1: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción". El efecto terapéutico lo tenemos en el artículo 2: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades"" (Martínez, 2015, pp. 35-36).

*Utilización del concepto “control de convencionalidad” y posterior desarrollo dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH*

En el SIDH y en la doctrina<sup>42</sup> se reconoce la utilización del término de CCV, por primera vez, en un voto concurrente razonado emitido por el destacado jurista mexicano, Juez y Presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en el Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003), en el cual quedó expresada la figura de la siguiente forma:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional (Corte IDH, Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, Caso Mack Chang vs. Guatemala, 2003) (el subrayado es nuestro).

Con esta motivación se inició la aplicación del CCV. Como lo que señala con énfasis García Ramírez (2003), los Estados responden como un todo, es decir, por el conjunto de sus órganos, razón por la cual no es posible sustraer algún órgano de ellos de la eventual responsabilidad internacional por violación de Derechos Humanos que pueda caberle al Estado. El mismo Juez García Ramírez, siguiendo por ese sendero jurisprudencial, emite en el Caso Tibi vs. Ecuador (2004), una nueva aproximación al concepto del CCV, a fin de contextualizar mejor la figura que estaba germinando dentro de sus votos razonados. En tal sentido expone:

En cierto sentido, la tarea de la Corte [IDH] se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en

42 Al respecto se puede contrastar con los siguientes autores: Hitters, 2009; Bazán, 2011; Castilla, 2011; Sagüés, 2011; García-Ramírez, 2011; Aguilar, 2012; Benavente, 2012; Ibáñez, 2012; Pelayo, 2012; Vivas y Cubides, 2012, y Carbonell, 2013.

los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía (Corte IDH, Voto concurrente razonado juez Sergio García Ramírez, Caso Tibi vs. Ecuador, 2004) (el subrayado es nuestro).

En este célebre razonamiento queda plasmada la diferencia del control de constitucionalidad y el del CCV, no pudiendo entenderseles como iguales u opuestos: Las normas de confrontación son diferentes. En este aspecto debe manifestarse que hablamos del CCV judicial realizado sólo por la Corte IDH, por ser la que tiene la posibilidad de realizar el examen de compatibilidad entre la norma interna y el *CII*. De la forma anterior, empezó a gestarse esta doctrina dentro de la Corte IDH, llegando a su manifestación formal en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006), cuando en un párrafo multicitado por la doctrina<sup>43</sup>, expresó el Tribunal interamericano:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana; sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial

43 Es casi ineludible referirse al CCV sin mencionar el párrafo 124 de la Sentencia de la Corte IDH en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile, del 26 de septiembre del 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Y es válido traer a colación el comentario de Bazán (2014): “Dicho de otro modo, en tal fallo el tribunal verbaliza la misión de los magistrados nacionales (ordinarios o constitucionales, según corresponda), consistente en efectivizar el CCV de las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos vis á vis la CADH, tomando en consideración al efecto no solo la literalidad de dicho pacto, sino la lectura que de él ha realizado la Corte IDH, que —como se sabe— es la interprete última de aquél” (Bazán, 2014, p. 153).

debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Corte IDH, Sentencia Caso Almonacid Arellano vs Chile, 2006) (el subrayado es nuestro).

Esta enunciación de la Corte IDH ha traído diferentes críticas<sup>44</sup>, porque al referirse al CCV invita a que el Poder judicial, representado por los jueces, deba ejercer “una especie” de CCV entre las normas jurídicas internas que aplican en el caso concreto y la CADH. Consideramos acertado que la jurisprudencia de la Corte IDH haya comenzado diciendo que era una “especie”, puesto que en posteriores desarrollos seguiría aumentando la clasificación, si bien de esta sentencia se pueden extraer los elementos centrales del CCV, tal como ella los sintetiza (Nash, 2013):

- a) Existe una obligación del poder judicial de cumplir con la normatividad internacional que el Estado ha recepcionado internamente y que por tanto ha pasado a ser parte del sistema normativo interno.
- b) Este es un ejercicio hermenéutico, que debe buscar la efectividad de los derechos consagrados convencionalmente y evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.
- c) Las normas contrarias a la Convención no pueden tener efectos en el ámbito interno, toda vez que dichas normas incompatibles con las obligaciones internacionales constituyen un ilícito internacional, que hace responsable al Estado.
- d) Para realizar dicho ejercicio interpretativo el juez debe tener en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH (Nash, 2013, p. 496).

En lo concerniente a esta investigación, nos centraremos en la modalidad difusa o interna que es la que debe realizar el poder judicial, como enunciamos, facultado en un primer momento para realizar la confrontación normativa.

Continuando dentro del desarrollo jurisprudencial, es válido traer a colación un segundo caso, de la misma fecha de la sentencia de Almonacid Arellano, donde se produjo un voto razonado concurrente, del Juez García Ramírez (2006):

La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el “control de convencionalidad” fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención

44 Se pueden consultar en: Ahrens, 2012; Contreras, 2012; Castilla, 2013; Corona y Navarro, 2013; Mejía, 2013; Contreras, 2014, y Henríquez, 2014.

Americana, no puede, ni pretende —jamás lo ha hecho—, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos (Corte IDH, Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, 2006) (el subrayado es nuestro).

De lo anterior, es claro que el Tribunal Interamericano en ningún momento ha tenido la pretensión de constituirse como una nueva instancia o una cuarta instancia; esto, más bien, se puede considerar como una “percepción popular”, que está lejos de la realidad del órgano convencional, el cual es garante internacional de la responsabilidad por violación de Derechos Humanos de los Estados parte de la CADH. Cabe mencionar que el voto mencionó al juez de convencionalidad<sup>45</sup>, refiriéndose a los jueces internos del Estado que deben tomar las medidas que les haya atribuido, en razón de la competencia, de la Corte IDH.

La Jurisprudencia acerca del CCV siguió tomando fuerza hasta que en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú (2006) se manifestara que este debía ser ejercido de oficio:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto,

.....  
45 Léase en: Corte IDH, Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, 2006, donde se expresa: “Con apoyo en estas consideraciones, la Corte ha expresado la preocupación que le suscitan ciertas evidentes fracturas de la proporcionalidad que se debiera observar cuando existe una restricción o afectación de un derecho o se emite una decisión que sanciona la violación cometida al amparo de cierta ley y en el desempeño de determinada jurisdicción. El juez de convencionalidad no se erige, por esta vía, en legislador o juzgador nacional, sino aprecia los actos de aquellos al amparo de la Convención, aunque detenga su análisis en ese ejercicio de mera apreciación y no llegue a fijar, por su parte, medidas cuya determinación específica incumbe al Estado, principalmente si existen, como los hay en el presente caso, límites derivados del acto de reconocimiento de la competencia de la Corte”.

aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones (Corte IDH, Sentencia Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, 2006) (el subrayado es nuestro).

De este importante nuevo alcance, debe resaltarse que este le imprime mayor efectividad al CCV al señalar que los jueces deben velar por la aplicación del “efecto útil” de la CADH.

Esto no es más que el principio de efectividad o de *effet utile*, lo que conduce a sostener que los tratados deben interpretarse de manera que se dé eficacia a sus disposiciones en su sentido natural u ordinario y en el contexto en que ocurran, según su objeto y fin (Aguirre- Arango, 2008, p. 80). El gran avance de este caso, es decirle a los órganos del poder judicial que deben realizar, además del control de constitucionalidad, el CCV de oficio, sin que sea necesario que alguien formule la pretensión de forma expresa. La Corte IDH señala con todo, que ello es posible, obviamente dentro de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Lo importante, haciendo énfasis en lo anterior, es que no debe mediar petición, pretensión o solicitud por parte del administrado, ciudadano o interesado para que se realice dentro de su proceso o dentro de su actuación administrativa o judicial, el CCV.

Después de varias reiteraciones de los parámetros anteriormente explicados dentro de las sentencias<sup>46</sup> de la Corte IDH, se llega al caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010), donde después de un tiempo de gestación y visto los efectos del CCV, se considera pertinente que:

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención

46 Al respecto, cfr.: Corte IDH Sentencia Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006). Corte IDH Sentencia Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (2010) y Corte IDH Sentencia Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia (2010).

Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Corte IDH, Sentencia Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 2010) (el subrayado es nuestro).

Al respecto, cabe destacar que este caso se señala puntualmente que no son solo los jueces del poder judicial que deben aplicar el CCV, sino que además son todos los órganos vinculados a la administración de justicia, con lo que podríamos afirmar que cualquier autoridad que tenga funciones jurisdiccionales debe aplicar dentro de sus pronunciamientos, actuaciones, procedimientos o procesos el CCV, sin importar que no tenga la investidura o la calidad de juez.

Después de estos importantes avances jurisprudenciales, no se tuvo que esperar mucho para que el CCV siguiera consolidándose como un mecanismo internacional con aplicabilidad cada vez mayor. En este sentido, se ubica el Caso Gelman vs. Uruguay (2011), donde el tribunal interamericano amplía notoriamente los sujetos que deben aplicar el CCV, y al respecto nos enseña:

239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial (Corte IDH, Sentencia Caso Gelman vs. Uruguay, 2011) (el subrayado es nuestro).

Esta sentencia explica perfectamente que no son solo los jueces quienes tienen la tarea de realizar el CCV, sino que, además, es función de cualquier autoridad

pública dentro de un Estado democrático; recalcando que la protección de los Derechos Humanos constituye un “límite infranqueable” para este tipo de Estado.

En síntesis, el CCVD ha tenido un desarrollo expansivo por parte de la Corte IDH, teniendo en cuenta que en sus primeros pronunciamientos se la presentó como una obligación para todos los jueces del Estado; en un segundo momento, a los jueces se le sumaron todos los órganos que de alguna forma administren justicia o tengan funciones jurisdiccionales; para en un tercer momento, exponer que son los jueces y todos los órganos vinculados a la administración de justicia quienes deben aplicarlo, y finalmente, en el cuarto momento, se afirmó que son todas las autoridades del Estado las que deben acomodar sus actuaciones al CCV. A estos cuatro momentos le hemos denominado:

- i) Criterio judicial convencional*
- ii) Criterio judicial orgánico*
- iii) Criterio jurisdiccional convencional*
- iv) Criterio autoritativo convencional*

El criterio judicial convencional, sentado en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006), pone de presente que son los jueces nacionales de los Estados quienes deben realizar el CCVD; el criterio judicial orgánico, expuesto dentro del Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú (2006), pregona que los encargados de realizar el CCVD son los órganos del poder judicial o de la correspondiente rama judicial; para el criterio jurisdiccional convencional son todos los jueces y órganos vinculados o que colaboren con la administración de justicia en todos los niveles, en otras palabras, todos los que cuenten con funciones jurisdiccionales y se encuentren relacionados con la administración de justicia es el criterio sentado en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010); y por último, el criterio autoritativo convencional, afirma categóricamente que no son solo los jueces, o solo los órganos del poder judicial, o los órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles los que deben hacer valer el CCVD, sino que este es tarea y función de toda autoridad pública para prevenir las violaciones de derechos humanos dentro del respectivo Estado, expuesto en el Caso Gelman vs. Uruguay (2011).



En conclusión, se puede establecer que la línea jurisprudencial sobre el CCV lo componen diversas sentencias<sup>47</sup> que aplican, desarrollan, siguen o reiteran los criterios de la Corte IDH; los hitos son claramente identificables en el caso *Almonacid Arellano* (2006), caso *Trabajadores Cesados del Congreso* (2006), caso *Cabrera García Montiel* (2010) y el caso *Gelman* (2011). Se cuenta con treinta y un (31) pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema objeto de estudio a 2014, que no deja de ser un número altamente representativo si observamos el número de sentencias emitidas por el tribunal interamericano.

## Conclusiones

El CCV tuvo su génesis en Francia y debe ser ubicada específicamente a partir de la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa administrativa francesa que unificó la posición del país galo y, en concreto, del Consejo de Estado Francés, elaborada en la sentencia “*Nicolo*” de 1989, la cual consolidó y unificó las directrices de esta nueva doctrina que tiene como función originaria la confrontación normativa entre normas convencionales con normas internas. Pero, esta ha cobrado fuerza e influencia particulares en la jurisprudencia de la Corte IDH.

El CCV tiene dos modalidades, el control concentrado y el difuso, que conlleva diferentes efectos dentro de los sistemas normativos internos, porque lo que se busca es contrastar si la norma interna viola la normatividad convencional (la Carta de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y la interpretación que de este ha efectuado la misma Corte IDH) o lo que se ha denominado

47 Al respecto ver: 1) Caso *Almonacid Arellano* y otros vs. Chile (2006), 2) Caso *trabajadores cesados del Congreso* (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006), 3) Caso *La Cantuta* vs. Perú (2006), 4) Caso *Boyce* y otros vs. Barbados (2007), 5) Caso *Heliodoro Portugal* vs. Panamá (2008), 6) Caso *Rosendo Radilla Pacheco* vs. México (2009), 7) Caso *Manuel Cepeda Vargas* vs. Colombia (2010), 8) Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek* vs. Paraguay (2010), 9) Caso *Fernández Ortega y otros vs. México* (2010), 10) Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México* (2010), 11) Caso *Ilsen Cárdenas e Ilsen Peña* vs. Bolivia (2010), 12) Caso *Vélez Llor* vs. Panamá (2010), 13) Caso *Gomes Lund y otros* (*Guerrilha do Araguaia*) vs. Brasil (2010), 14) Caso *Cabrera García y Montiel Flores* vs. México (2010), 15) Caso *Gelman* vs. Uruguay (2011), 16) Caso *Chocrón Chocrón* vs. Venezuela (2011), 17) Caso *López Mendoza* vs. Venezuela (2011), 18) Caso *Fontevicchia y D'Amico* vs. Argentina (2011), 19) Caso *Atala Riffo y niñas* vs. Chile (2012), 20) Caso *Furlan y familiares* vs. Argentina, (2012), 21) Caso *Masacres de Río Negro* vs. Guatemala (2012), 22) Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños* vs. El Salvador (2012), 23) Caso *Gudiel Álvarez y otros* (“*Diario Militar*”) vs. Guatemala (2012), 24) Caso *Masacre de Santo Domingo* vs. Colombia (2012), 25) Caso *Mendoza y otros* vs. Argentina (2013), 26) Caso *García Cruz y Sánchez Silvestre* vs. México (2013), 27) Caso *J. vs. Perú* (2013), 28) Caso *Liakat Ali Alibux* vs. Surinam (2014), 29) Caso *Norín Catrimán y otros* (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile (2014), 30) Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (2014), 31) Caso *Rochac Hernández y otros* vs. El Salvador (2014) (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015, p. 126).

*Corpus Iuris* Interamericano. Y en caso de que ello ocurra, aquella debe ser retirada del ordenamiento jurídico interno, sin importar su jerarquía normativa. Esto es que incluso la Constitución de un Estado parte puede ser objeto de la sanción de retiro o exclusión en el caso de inconventionalidad de alguna o algunas de sus disposiciones. La Corte IDH ha utilizado diferentes expresiones para obligar a los Estados a aplicar sus decisiones en ejercicio del CCV, a saber: (i) adecuar el ordenamiento jurídico interno, (ii) reformar, (iii) abstenerse de aplicar, (iv) crear un mecanismo, (v) derogar una norma, (vi) modificar, (vii) adoptar medidas legislativas, (viii) establecer, (ix) implementar, (x) completar la adecuación de su derecho interno, (xi) adoptar políticas públicas y (xii) tipificar un delito.

El CCV ha tenido un desarrollo evolutivo expansivo que ha generado mayores obligaciones a los Estados parte del SIDH. Los cuatro momentos identificados dentro de la investigación muestran claramente que esta doctrina viene teniendo gran influencia dentro de todos los ordenamientos jurídicos internos. El “criterio judicial convencional” es el momento en el cual se obliga a los jueces a aplicar el CCV, el “criterio judicial orgánico” obliga no sólo a todos los jueces sino a todos los órganos del poder judicial, el “criterio jurisdiccional convencional” obliga a los jueces, incluidos todos sus órganos, lo mismo a quienes tengan funciones jurisdiccionales o colaboren o tengan relación con el poder judicial, y el “criterio autoritativo convencional” obliga a cumplir el CCV a todas las autoridades administrativas o públicas, es decir, a todos los agentes de los Estado parte. Estos momentos identificados, se podría decir, que serían una escala de medición para identificar o explicar el grado de asimilación que tienen los Estados con respecto al cumplimiento en el ejercicio del CCV, esto es si se encuentran en el primer criterio sería un nivel “leve”, si están en el segundo sería un cumplimiento “intermedio”, si se ubican dentro del tercer momento sería “amplio”, y si están dentro del último momento sería “total”. Estos criterios, por tanto, servirán para identificar el grado de cumplimiento o de acatamiento de los Estados al CCV.

Ahora bien, es claro que el CCV no puede ser aplicado de forma igual por todos los Estados parte del SIDH. Resulta esencial, entonces, el reconocimiento de las singularidades de cada uno de los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado, debido a que su desarrollo y sistemas normativos dependen de la cultura, las tradiciones y las prácticas jurídicas particulares de cada país. Lograr una cierta flexibilización en la aplicación del CCV es un reto y una necesidad a los

cuales debe estar atenta la Corte IDH, si no quiere tropezar con la resistencia y oposición de los Estados parte, lo que puede terminar por afectar la estabilidad y el fortalecimiento del sistema regional de protección de los Derechos Humanos.

En Colombia, el Consejo de Estado ha venido asumiendo el papel de juez convencional o juez interamericano en el orden interno, como lo han demostrado sus recientes pronunciamientos, aunque hasta ahora limitados a las acciones de reparación directa de competencia de su Sección Tercera. En esta se ha destacado la inclusión del concepto del CCVD, también denominado subjetivo en las sentencias. La jurisprudencia de la mencionada sección ha pasado del nivel “leve”, que corresponde al momento del “criterio judicial convencional”, al nivel “total”, que es el “criterio autoritativo convencional”. Esta doctrina ha ido ganando cada vez más espacio dentro de las sentencias del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa por tratarse del juez de los daños antijurídicos producidos por el Estado o el juez que debe repararlos. Además, por el papel que debe cumplir para afianzar y mantener el Estado Social de Derecho. Si los jueces administrativos siguen esta doctrina en la producción de sus sentencias acotando los criterios que adopte el Consejo de Estado en sus fallos de unificación, nos encontraríamos ante el carácter pretoriano de adopción del CCV en nuestro país al estilo del caso francés.

Por otra parte, los jueces nacionales y todas las demás autoridades públicas están en la obligación de aplicar el CCVD, porque constituye un compromiso internacional y una obligación nacional, además de cumplir con una función preventiva, entre más casos se resuelvan dentro del orden interno menos se debe acudir a instancias internacionales; a *contrario sensu*, entre más violaciones de derechos humanos donde no se reparen, más se habilita a que las personas soliciten a la CIDH que sus casos vayan a la Corte IDH. La responsabilidad del juez nacional y de las autoridades públicas es conocer el mecanismo y aplicar el CII en su totalidad.